Der Unterschied zwischen Gattungsschuld und Wahlschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Joseph Friedrich,
Referendar in Breslau.

Berlin.
Verlag von R. Trenkel.
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0208

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Begriff und Wesen der Gattungsschuld und der Wahlschuld 9
§ 1. Begriff und Wesen der Gattungschuld . . . 9
§ 2. Begriff und Wesen der Wahlschuld 12
§ 3. Abgrenzung der Aufgabe 17
B. Die einzelnen Unterschiede und ihre praktischen Folgen 18
§ 4. Ungleichartigkeit des Schuldgegenstandes bei der Wahlschuld, Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes bei der Gattungsschuld 18
1. Feststellung dieses Unterschiedes 18
2. Auf diesem Unterschiede beruht die Entscheidung der praktisch wichtigen Frage nach der rechtlichen Natur der beschränkten Gattungsschuld 18
§ 5. Die juristisch verschiedene Bedeutung der Wahl bei der Gattungsschuld und bei der Wahlschuld 22
1. Feststellung dieser verschiedenen Bedeutung 22
2. Folgen: 23
a) Kann bei der Gattungsschuld das Wahlrecht dem Gläubiger (oder einem Dritten) zustehen, und wie ist es alsdann aufzufassen? 23
b) Die bindende Kraft der Wahlerklärung: 25
α) Der Schuldner hat das Wahlrecht 26
αα) Bindende Kraft bei der Wahlschuld 26
ββ) Keine bindende Kraft bei der Gattungsschuld . . 27
β) Der Gläubiger hat das Wahlrecht.
αα) Bei der Wahlschuld bindende Kraft seiner Wahlerklärung 28
ββ) Keine bindende Kraft bei der Gattungsschuld . . 29
c) Wirkung des Irrtums bei irrtümlich nicht ausgeübter Wahl:

α) Der Schuldner hat das Wahlrecht 30
αα) Anfechtung und Rückforderung bei der Wahlschuld 30
ββ) Anfechtung und Rückforderung bei der Gattungsschuld 32
β) Der Gläubiger hat das Wahlrecht.
αα) Anfechtung und Rückgängigmachung bei der Wahlschuld 33
ββ) Anfechtung und Rückgängigmachung bei der Gattungsschuld 34
d) Verzug hinsichtlich der Wahlausübung 35
e) Wahlrecht bei Erfüllungsübernahme 38
§ 6. Beschränkung der Gattungs- und der Wahlschuld 39
1. Wesen und Bedeutung der Beschränkung 39
2. Der Zeitpunkt des Eintritts der Beschränkung und deren Folgen . . . . . 39—45
3. Insbesondere Unmöglichkeit und Unvermögen . . . 49

Literaturverzeichnis.

1. Bechmann, System des Kaufs nach gem. Recht. 1. Abt. 1884.
2. Bekker, Der Genuskauf nach gem. Recht im Jahrbuch für gem. deutsches Recht. Bd. 5.
3. Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.
4. Bernstein, C., Die alternative Obligation (in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. II. Bd. 1880.)
5. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. 1. Abt. 1878.
6. Brinz, Pandekten. II. Bd. 2. Aufl.
7. Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. Diss. Leipzig. 1902.
8. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. II. Bd. 1902.
9. Dechamps, Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Recht des BGB. Inaug.-Diss. Freiburg i. B. 1901.
10. Demelius, In der Zeitschrift für Zivilr. u. Prozeß. Bd. 17.
11. Dernburg, Pandekten. II. Bd. 4. verb. Auflage. 1894.
12. — Das bürgerl. Recht. 3. Aufl. 1905.
13. Dietze, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Inaug.-Diss. Rostock 1903.
14. Donner, Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden. Inaug.-Diss. Rostock 1904.
15. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1899.
16. Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B. 1903.
17. Engelmann, Das bürgerl. Recht Deutschlands. 3. Auflage. 1903.
18. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht. Bd. 1.
19. Entscheidung. des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 57.
20. Entwurf eines BGB.
21. Fischer-Henle, BGB. 6. Auflage. 1904.
22. Fitting, Die Natur der Korrealobligationen. 1859.
23. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht.
24. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts.
25. — Zeitschrift des Handelsrechts. Bd. 19.
26. Haver, Die Gattungsschuld. 1900.
27. Heyer, In d. Zeitschrift für Zivilr. u. Prozeß. N. F. Bd. 15.
28. Ihering, In den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 1 u. 4.
29. Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
30. Leonhard, Franz, In den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 41.

31. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (in Abhandl. zum Privatr. u. Zivilprozeß. 7. Bd. 1901.)
32. Litten, Die Wahlschuld im deutsch. bürgerl. Recht.
33. Meißner, Kommentar zum 2. Buch des BGB.
34. Merziger, Das Verhältnis von Konzentration und Annahmeverzug bei Gattungsschuld. Inaug.-Diss. Leipzig 1902.
35. Motive zum Entwurf eines BGB.
36. Mugdan, Die ges. Materialien z. BGB. II. 1899.
37. Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners. Inaug.-Diss. Rostock 1902.
38. Nanne, Die Disjunktivobligation. Diss. Heidelberg 1880.
39. Oertmann, Kommentar z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse.
40. Oster, Voraussetzungen und Wirkungen der sog. Konzentration bei Gattungsschulden. Inaug.-Diss. Rostock 1903.
41. Pescatore, Die sog. alternative Obligation. Marburg 1880.
42. — Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905.
43. Pistory, Wahl und Unmöglichkeit als Vorauss. der Beschränkung der Wahlschuld. Inaug.-Diss. Erlangen 1902.
44. Planck, BGB. 3. Auflage. 1904.
45. Quadbeck, Die Konzentration der Gattungschuld auf eine bestimmte Sache. Inaug.-Diss. Leipzig 1904.
46. Regelsberger, Pandekten, und im Archiv für zivil. Praxis. Bd. 49.
47. Rehbein, BGB. II. 1901.
48. v. Savigny, Das Obligationenrecht. 1851.
49. Schenke, Die Alternativobligation. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.
50. Schollmeyer, Komm. z. BGB., Recht d. Schuldverhältnisse. 1900.
51. Schwering, Voraussetzungen und Wirkungen der sog. Konzentration bei Gattungsschulden. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.
52. Sintenis, Das prakt. gemeine Zivilrecht.
53. Spielberg, Die Schuldbeschränkung bei der Gattungsschuld. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.
54. Staudinger, Kommentar z. B. G. B. Bd. 2.
55. — In den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 10.
56. Thöl, Handelsrecht. 5. Auflage.
57. Unger, System des Österr. Allgem. Privatrechts.
58. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 6. u. 7. Auflage.
59. Veith, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Inaug. Diss.-Breslau 1901.
60. Wagner, Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners etc. Inaug.-Diss. Greifswald 1903.
61. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1865.

A. Begriff und Wesen der Gattungsschuld und Wahlschuld.

§ 1. Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

1. Gegenstand eines Schuldverhältnisses ist immer eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners. Diese Handlung heißt Leistung. Ihr Gegenstand[1]) kann nun in zweifacher Weise bestimmt sein. Entweder individuell, speziell, d. h. nach Merkmalen, denen nur ein einziges Stück der Außenwelt entspricht, z. B. das Reitpferd x. des Herrn N. Dieses Stück hat also juristisch mit anderen Stücken der Außenwelt nichts gemeinsam. Die Verpflichtung zur Leistung eines solchen Gegenstandes heißt eine Spezies- oder Individualschuld. Oder der Leistungsgegenstand ist „nur der Gattung nach", nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt, d. h. nach Merkmalen, die mehr oder weniger zahlreiche Stücke der Außenwelt gemeinschaftlich aufweisen, z. B. ein ungarisches Reitpferd. Die Verpflichtung zur Leistung eines derart bestimmten Gegenstandes heißt Gattungsschuld. Die zuletzt erwähnten Merkmale können rein äußerlicher Natur sein, ohne jede Beziehung zu den inneren Eigenschaften, welche die mehr oder weniger zahlreichen Stücke als zu einer naturwissenschaftlichen Einheit gehörig kennzeichnen. Für die Zusammenfassung der mehreren Stücke zu einer Gattung

[1]) In gleicher Weise können die Handlungen selbst bestimmt sein. Das BGB. enthält keine Vorschriften über Forderungen von nur der Gattung nach bestimmten Handlungen. Tatsächlich kommen sie vor, und es werden im allgemeinen die Bestimmungen über generische Sachleistungen entsprechend auf sie anzuwenden sein, soweit nicht die besonderen Umstände des Einzelfalles eine besondere Beurteilung erfordern. (Motive II S. 10). Im Zweifel ist unter Gattungsschuld die Gattungssachschuld zu verstehen.

können also willkürlich aufgestellte Momente bestimmend sein. Maßgebend ist somit nicht der naturwissenschaftliche, auf der inneren Beschaffenheit beruhende Gattungsbegriff, sondern der juristische, nach welchem sich die Bestimmenden eine mehr oder minder große Zahl von Individuen vorstellen, diese mit den von ihnen gewollten gemeinsamen Merkmalen versehen und so zu der von ihnen gewollten Gattung zusammenfassen[1]), z. B. ein Liter Wein aus diesem Fasse. Gleichgültig ist es, wie groß in Wirklichkeit die Zahl der Gegenstände ist, die den von den Beteiligten aufgestellten Erfordernissen entsprechen, wenn sich nur die Parteien eine Mehrzahl solcher Gegenstände denken[2]).

In dem hier erörterten Sinne ist der juristische Begriff der Gattung sowohl für das römische wie für das heutige Recht aufzufassen. Für das römische Recht kann man dies aus dem Gegensatz folgern, in dem in D. 45,1, 54, pr. das genus zur species aufgeführt wird. Es heißt hier: In stipulationibus alias species alias genera deducuntur. Das BGB. spricht im § 243 von einer „nur der Gattung nach bestimmten Sache". Mit dem „nur" soll aber nicht gesagt sein, daß eine Gattungsschuld nur dann anzunehmen ist, wenn die Gattungsmerkmale auf der inneren, also naturwissenschaftlichen Beschaffenheit der Gegenstände beruhen; man muß vielmehr den § 243 durch ein „nicht individuell, sondern" ergänzen[3]).

2. Nunmehr drängt sich die Frage auf, was bei der Gattungsschuld geschuldet wird. Unmöglich kann es die Gattung als solche sein, denn es könnte höchstens eine Speziesschuld vorliegen, wenn die ganze Gattung als solche geschuldet würde[4]). Ob Ihering[5]) die Ansicht vertritt, daß das genus als solches geschuldet werde, in obligatione sei,

---

[1]) Vgl. Haver S. 24 f. und Quadbeck S. 1 und 4 f.

[2]) Haver S. 8, Quadbeck S. 5.

[3]) Ebenso Haver S. 7; Schollmeyer Anm. 3 a. E. zu § 243; Berndorff S. 1; A. M. anscheinend Dernburg BR. II,1 § 4.

[4]) Bekker, Jahrb. Bd. 5 S. 363.

[5]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 384.

ist zweifelhaft[1]). Geschuldet wird aber auch nicht jede einzelne Gattungssache. Denn wie Crome[2]) treffend bemerkt, „können doch nicht die Millionen gattungsmäßiger Gegenstände, die auf der Welt existieren, sämtlich als geschuldet gelten", wenn auch jeder einzelne möglicherweise in Frage kommen kann. Vielmehr muß man sagen, solange die Gattungsschuld noch eine Gattungsschuld ist, also aus dem Zustande der Unbestimmtheit noch nicht herausgetreten ist, ist keiner der den aufgestellten Gattungsmerkmalen entsprechenden Gegenstände in obligatione. Geschuldet wird nur eine Leistung, die ein später noch festzustellendes Stück der Außenwelt zum Gegenstande hat[3]). Die Feststellung erfolgt durch jenen Akt, durch den die Gattungsschuld ihre Unbestimmtheit verliert.

Für das römische Recht findet die hier vertretene Ansicht ihre Stütze in D. 46,3, 72,4: Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse nec obligatio nec solutio. sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipilatoris servi erant, dando promissor liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant. Der Jurist unterscheidet also zwischen den wahlweise geschuldeten, aber individuell bestimmten Sklaven Stichus und Pamphilus und irgendeinem Sklaven (homo) überhaupt. Zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses gehört Pamphilus dem Gläubiger zu eigen; auch wenn der Schuldner ihn später erwirbt und nunmehr leistet, so hat er nach der Entscheidung des Juristen doch den Stichus zu leisten. Schuldet dagegen jemand einen Sklaven überhaupt und leistet denjenigen, der bei der Begründung des Schuldverhältnisses dem Gläubiger gehört hat, so hat er einen andern Sklaven nicht mehr zu

[1]) Schollmeyer, Anm. 3 zu § 243 und Haver S. 9, nehmen an, daß dies Iherings Ansicht sei.

[2]) System Bd. II § 153 Anm. 6.

[3]) Ähnlich Bekker, Jahrb. 5 S. 352; Haver S. 8ff.; Quadbeck S. 11f.

leisten. Der Jurist geht also davon aus, daß bei genereller Bestimmung keiner der Gegenstände, der die aufgestellten Gattungsmerkmale aufweist, in obligatione ist; denn sonst hätte er nicht entscheiden können, daß ein Sklave, der bei der Begründung des Schuldverhältnisses dem Gläubiger gehört hatte, nicht mit befreiender Wirkung geliefert werden könne.

Was das heutige Recht betrifft, so spricht das BGB. in § 243 Abs. 1 davon, daß eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet werde. Es scheint danach, als ob das BGB. nicht dem Grundsatz huldigte, daß bei einer Gattungsschuld keiner der den aufgestellten Gattungsmerkmalen entsprechenden Gegenstände in obligatione ist. Nun ist aber bereits hervorgehoben worden, daß in dem § 243 die Worte: „nicht individuell, sondern" zu ergänzen sind. Liest man das Gesetz in dieser Weise, so ergibt sich, daß nicht eine Sache geschuldet wird, sondern daß Gegenstand des Schuldverhältnisses die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ist. Für diese Auslegung spricht auch die Fassung des § 213 des ersten Entwurfs:

„Ist die den Gegenstand der Leistung bildende Sache nur der Gattung nach bestimmt" usw. Aus Entwurf I § 213 ist aber der § 243 BGB. hervorgegangen.

§ 2. Begriff und Wesen der Wahlschuld.

1. Bei einer Wahlschuld hat der Schuldner entsprechend dem Wortsinne dieses oder jenes zu leisten. Anders wie bei der Gattungsschuld kommt nicht nur eine Leistung in Betracht, sondern mehrere Leistungen, von denen aber nur eine zu bewirken ist. Dies ist der Begriff der Wahlschuld, wie er für das römisch-gemeine Recht von der herrschenden Meinung vertreten wird[1]). Eine Begriffsbestimmung geben die Quellen nicht. Die Entscheidung, welche der mehreren Leistungen bewirkt werden soll,

[1]) Z. B. Dernburg, Pand. II § 27 S. 79. Ebenso Windscheid, Regelsberger, Brinz im Gegensatz zu Fitting, Korrealobl. S. 156 ff.

erfolgt bestimmungsgemäß in erster Linie durch eine Wahl. Während das preußische ALR. ebensowenig wie das römische Recht eine Begriffsbestimmung gegeben hat und der Begriff der Wahlschuld bei ihm aus einzelnen Gesetzesstellen[1]) lediglich durch Auslegung dahin bestimmt werden kann, daß eine Wahlschuld auf eine — unbestimmt welche — von mehreren Sachen gerichtet ist, hat das BGB. im Anschluß an den ersten Entwurf eine Begriffsbestimmung der Wahlschuld gegeben. Die Motive zu diesem Entwurf[2]) definieren die Wahlschuld als ein Schuldverhältnis, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zu der Entscheidung, welche derselben wirklich zu bewirken ist, in obligatione sind. Dementsprechend hat der Entwurf I im § 207 bestimmt: „Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist.“ An die Stelle des Entwurfs I § 207 ist der fast gleichlautende § 262 BGB. getreten:

> „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so“ usw.

Auf den ersten Blick erkennt man, daß das BGB. nicht den Wahlschuldbegriff des ALR. aufgenommen hat, sondern den des römischen und gemeinen Rechts. Es betont zugleich, daß die mehreren Leistungen geschuldet werden. Die Schuldverpflichtung erstreckt sich demnach auf alle Leistungen, die Erfüllungspflicht nur auf eine.

2. Im Gemeinen Recht dagegen war es streitig, ob bei der Wahlschuld die mehreren Leistungen von Anfang an in obligatione seien und nur eine in solutione, oder ob keine in obligatione sei und erst durch Wahl oder einen anderen

---

[1]) Vgl. ALR. I, 5 § 274, I, 12 § 388.

[2]) Mot. II S. 6.

ebenso wie die Wahl wirkenden Umstand entschieden werde, welche in solutionem kommt.

a. Die eine — herrschende — Meinung[1]) verteidigt den Satz: duae res in obligatione, una in solutione. Sie stützt sich einmal auf D. 45,1, 128: . . . eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem; ferner auf D. 40,9, 5,2:

Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit „Stichum aut Pamphilum dare spondes?" Deinde cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescindit, quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. quod si solum Pamphilum dari promississet, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit. multum enim interest contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur aut extra obligationem sit. Der Titius, der außer zwei Sklaven nichts besitzt, verspricht diese alternativ einem andern und läßt darauf den einen frei. Es wird entschieden, daß der freigelassene Sklave die Freiheit nicht erlangen könne, und zwar hauptsächlich deswegen, weil der eine sterben könnte, bevor er geleistet würde.

Diese Entscheidung ist nur unter dem Gesichtspunkte verständlich, daß beide Sklaven in obligatione[2]) sind.

---

[1]) So Dernburg, Pand. II § 27. Puchta, Pand. § 221, Brinz Pand. § 242.

[2]) Die Worte „duae res in obligatione sunt" werden fast allgemein kurz verdeutscht mit „beide Leistungen werden geschuldet". Selbstverständlich kann die Wendung für die Wahlschuld nicht bedeuten, daß der Schuldner zur Leistung aller Gegenstände verpflichtet ist, sondern daß er durch die gehörige Leistung des einen von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Die Worte haben aber auch noch einen tieferen, nicht genau übereinstimmenden Sinn, je nachdem das Wahlrecht dem Gläubiger oder dem Schuldner zusteht. Dieser ist völlig gebunden bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht, denn der Schuldner ist bezüglich der Leistung ganz von dem Willen des Gläubigers

Deswegen entscheidet der römische Jurist auch anders, wenn nur der Pamphilus stipuliert worden wäre; in diesem Falle könne Stichus rechtsgültig freigelassen werden, obwohl auch hier die Gefahr, daß Pamphilus stirbt und der Gläubiger nichts erhält, dieselbe ist wie im andern Falle.

b. Auf dem Standpunkte dieser Theorie steht im Grunde auch Windscheid[1]). Allerdings macht er Unterschiede für den Fall, daß das Wahlrecht dem Gläubiger oder dem Schuldner zusteht. Im ersteren Falle sei jeder Leistungsinhalt sofort in obligatione, da der Gläubiger jeden wählen könne. Im letzteren Falle solle eigentlich sogleich kein Leistungsinhalt geschuldet sein, derselbe werde erst durch die Wahl festgestellt. Schließlich gibt Windscheid selbst zu, daß auch in diesem Falle jeder Leistungsinhalt auch wirklich geschuldet werden kann, so daß also der Schuldner hinsichtlich eines jeden gebunden sei.

c. Nach anderer Ansicht soll bei der Wahlschuld zunächst noch unentschieden (in pendenti) sein, welche von mehreren Leistungen die eigentlich geschuldete ist; erst durch die Wahl werde der Zweifel behoben. So Fitting[2]). In ähnlicher Weise äußert sich Bernstein[3]); er ist der Vertreter der sog. suspensiven Pendenztheorie, nach welcher gleichfalls zunächst kein Gegenstand in obligatione ist.

---

abhängig. In diesem Sinne läßt sich die kurze Übersetzung halten. (Zu weitgehend Langheineken, der für diesen Fall entsprechend der Anm. 7 S. 194 formulieren will: „duae res in obligatione = duae obligationes".) Bei der Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht hängt es dagegen von dem Belieben des Schuldners ab, welchen von den mehreren Leistungsgegenständen er schließlich schulden bzw. leisten will. Er kann also die andern Gegenstände so behandeln, als wären sie in gar keine Beziehung zu dem Schuldverhältnis getreten. Insofern ist der Ausdruck: „Beide Leistungen werden geschuldet" für diesen letzteren Fall nicht ganz genau. Indessen ist auch hier die Einheitlichkeit der Obligation streng gewahrt, und deshalb möge die genannte Wendung der Kürze wegen gebraucht werden. (Ähnlich Langheineken S. 195, Windscheid cf. S. 16 unter C. und Eck, S. 258 Anm. 1. Zu weitgehend Pescatore, cf. S. 17 unter D.)

[1]) Windscheid, Pand. II § 255,1 Anm. 5.

[2]) Fitting, Korrealobl. S. 140.

[3]) Bernstein, Die alternative Obligation. S. 394 ff.

d) Pescatore[1]), der die erste Theorie heftig angegriffen hat, drückt sich dahin aus, daß bei der Wahlschuld objektiv und erkennbar feststehe, was geschuldet werde, eine Ungewißheit nur darüber bestehe, welche der mehreren diesem „Was" entsprechenden Leistungen zur Tilgung verwendet wird[2]).

Von allen diesen Theorien wird man für das Gemeine Recht der ersten den Vorzug geben müssen. Sie entspricht allein den Quellen.

Im Gegensatz zum Gemeinen Recht hat das BGB., wie bereits erwähnt, durch die Fassung des § 262 Abs. 1 zweifellos den Satz: plures res in obligatione, una in solutione anerkannt. Jede Leistung wird geschuldet, aber nur eine bewirkt. Solange das Schuldverhältnis noch eine Wahlschuld ist, ist lediglich ungewiß, welche Leistung allein geschuldet bleibt und bewirkt werden wird. Dies ist die Lehre, die mit wenigen Ausnahmen vertreten ist[3]). Die entgegengesetzte Auffassung vertreten Enneccerus-Lehmann[4]) und Franz Leonhard[5]). Nach ihnen gehe aus dem § 263 Abs. 2 BGB. hervor, daß nur eine, zunächst unbestimmte und erst durch die Wahl bestimmt werdende Leistung geschuldet wird. § 263 Abs. 2 BGB. lautet aber: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete." Dieses Wort „allein" haben beide in ihren Ausführungen nicht beachtet, sondern sprechen nur davon, daß nach § 263 Abs. 2 „die gewählte Leistung als von vornherein geschuldet" gilt. Auf dem Wort „allein" liegt aber das Hauptgewicht[6]). Liest man den § 263 Abs. 2

[1]) Pescatore, die sog. alt. Obl. S. 128.

[2]) Tatsächlich scheint es sich bei diesem Unterschiede zwischen der ersten Meinung und derjenigen Pescatores nur um eine andere Auffassung des Wortes „geschuldet" zu handeln.

[3]) So Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 262; Engelmann § 65,4; Planck, Vorbem. 1 zu §§ 262—265; Schollmeyer, Vorbem. 1 zu §§ 262—265; Crome, System II § 153 S. 90; Dernburg, BR II,1 § 43,3; Chamizer, S. 1 ff. u. a.

[4]) Enneccerus-Lehmann I § 165.

[5]) In Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 63.

[6]) Vgl. Schollmeyer, Anm. 4 zu § 236 und Pescatore, S. 126 und 127.

in diesem Sinne, dann sieht man auch, daß diese Vorschrift nichts weiter ist als die einfache Folge des § 262 BGB. Denn wenn von vornherein alle Leistungen geschuldet werden, so ist die später gewählte allerdings auch die von vornherein geschuldete, aber da mit der Wahl die übrigen Leistungen nicht mehr in Betracht kommen, alsdann die allein geschuldete.

§ 3.

Aus dem bisher Erörterten folgt, daß Gattungschuld und Wahlschuld keine Gegensätze sind, wie etwa Gattungsschuld und Speziesschuld. Denn bei der Wahlschuld können die wahlweise geschuldeten Leistungen

1. individuell bestimmt sein (das Pferd x oder das Pferd y), oder

2. generell, z. B. ein Ackerpferd oder statt dessen zwei Kühe, oder

3. die eine Leistung ist generell, die andere individuell bestimmt, z. B, zwei englische Vollbluthengste oder statt dessen das Automobil x des Herrn N.

Wenn nun auch die beiden Schuldarten keine Gegensätze sind, so weisen sie doch infolge ihres Wesens Eigentümlichkeiten auf, die notgedrungen zu einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung führen müssen. Diese Verschiedenheiten zusammenzustellen und ihre praktischen Folgen zu entwickeln, ist das Ziel der folgenden Ausführungen. Es sei zugleich bemerkt, daß sich die Erörterungen nicht auf diejenigen Unterschiede erstrecken, die allein auf dem Gegensatz von Gattungs- und Speziesschuld beruhen.

B. Die einzelnen Unterschiede und ihre praktischen Folgen.

§ 4. Ungleichartigkeit des Schuldgegenstandes bei der Wahlschuld, Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes bei der Gattungsschuld.

1. Ihrem Wesen nach verlangt die Wahlschuld, daß die einzelnen Schuldgegenstände verschiedener Art sind. Denn den Beteiligten kommt es gerade auf die Auswahl an. Ob der Schuldner A sich verpflichtet

a) das Reitpferd x oder das Reitpferd y oder das Haus z zu leisten (individuelle Wahlschuld), oder

b) ein Ackerpferd oder statt dessen zwei Kühe (generelle Wahlschuld) zu liefern, in jedem Falle richten die Beteiligten ihr Augenmerk gerade auf die Möglichkeit der verschiedenen Auswahl. Unter gleichartigen Gegenständen aber ist diese zwecklos[1]).

Anders bei der Gattungsschuld. Hier kommt es den Beteiligten nur darauf an, daß der zu leistende Gegenstand den von ihnen gewollten Merkmalen entspricht. Alle Gegenstände, die diese Merkmale aufweisen, sind demnach für die Beteiligten von gleicher Art.

2. Auf diesem Unterschiede beruht die Entscheidung der Frage, ob individuelle Wahlschuld oder ob Gattungsschuld anzunehmen ist bei den im praktischen Leben so häufig vorkommenden Fällen der sog. gemischt- oder be-

[1]) Vgl. RG. Bd. 57 S. 141. Dieser Satz paßt in seiner Allgemeinheit nicht auf die Fälle, wo gattungsmäßig bezeichnete Gegenstände aus einem bestimmten Vorrat zu liefern sind, z. B. eine von zwei Flaschen Wein derselben Sorte. Dieser vielumstrittene Fall ist wegen seiner Bedeutung unten (S. 19, bes. S. 21) ausführlicher behandelt.

schränktgenerischen Schulden. Unter diesen Begriff fallen zwei Gruppen von Schuldverhältnissen:

a) Es wird geschuldet aus einer konkreten Masse ein speziell unbestimmtes Stück oder eine speziell unbestimmte Quantität, z. B. zehn Ellen Tuch von diesem Ballen oder zehn Liter Wein aus dem Fasse x.

b) Es wird geschuldet aus einer abgegrenzten Menge von Individuen eines dieser Individuen, z. B. eines der Ackerpferde aus dem Nachlasse des x.

Schon das römische Recht befaßte sich mit diesen Schuldverhältnissen. Aus dem Umstande, daß es dem Verkäufer einer pars vini ex illo doleario[1]), des vinum, quod in cella esset[2]), der singulae amphorae vini[3]) die Gefahr des zufälligen Unterganges bis zum admetiri oder tradere auferlegt, schließt man fast allgemein, daß es die unter a bezeichneten Fälle unter die Gattungsschuld gruppierte. Diese Entscheidung — so deduziert man weiter — hätten die römischen Juristen nicht treffen können, wenn sie hier eine Alternativobligation angenommen hätten. Denn im letzteren Falle hätten sie die Gefahr der zuerst untergehenden dem Verkäufer, die der zuletzt untergehenden Sache dem Käufer auferlegen müssen, wie sie dies im Falle einer wirklichen Alternativschuld auch in der Tat getan haben, so in D. 18,1, 34,6: „prioris (servi) periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit.“ Indessen scheint es, als ob in der Literatur eine naheliegende Erklärung für diese Art der Gefahrtragung übersehen werde. Sie ist die gleiche bei der Gattungsschuld wie in dem Falle, daß jedes Stück nur bedingt geschuldet ist. So geht beim aufschiebend-bedingten Kaufe nach römischem Recht die Gefahr nicht mit dem Abschlusse des Kaufvertrages auf den Käufer über, sondern der Verkäufer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges der Sache während des Schwebens der Bedingung, d. h. so lange, bis der Kauf „perfekt“ ist. Handelt

[1]) D. 18,1, 35,7.
[2]) D. 18,6, 5.
[3]) D. 4,48, 2.

es sich um vertretbare Sachen, so gilt der Kauf erst mit dem admetiri usw. als „perfekt", so daß bis zu diesem Augenblicke die Gefahr des zufälligen Unterganges der Verkäufer trägt[1]). Hieraus folgt, daß die römischen Juristen die Fälle unter a durchaus nicht als Gattungsschulden angesehen haben müssen; sie mußten vielmehr zu derselben Entscheidung bezüglich der Gefahrtragung kommen, wenn sie jedes Stück als nur bedingt geschuldet ansahen.

Bezüglich der unter b aufgeführten Fälle sind die Meinungen der römischen Juristen geteilt. Nach der von Marcellus[2]) vertretenen Ansicht liegt eine Gattungsschuld vor, nach der von Papinian[3]) vertretenen eine Alternativschuld.

In der gemeinrechtlichen Doktrin wurde die beschränkt-generische Obligation in allen Fällen teils als reine Alternativschuld[4]) betrachtet, teils als reine Gattungsschuld[5]), teils als besondere Schuldart[6]).

Das BGB. spricht sich über die beschränkt-generischen Obligationen gar nicht aus. Nach den Motiven Bd. 2 S. 11 sollte die Feststellung der rechtlichen Natur dieser Schulden der Wissenschaft überlassen bleiben. Diese hat nun auch unter der Herrschaft des BGB. die Frage bisher nicht gelöst, vielmehr sind die Ansichten hierüber immer noch geteilt. Während die einen[7]) regelmäßig eine Gattungsschuld annehmen, indem sie nur eine speziellere Bezeichnung der Gattung als beabsichtigt annehmen, halten die andern[8]) die Anwendung der Regeln über die Wahlschuld für geboten, oder aber sie halten diese Schulden für b e s o n d e r e, mit den Wahlschulden verwandte Schuld-

---

[1]) C. 4,48, 2.

[2]) In D. 46,3, 72,4.

[3]) In D. 31,66, 3.

[4]) So v. Savigny, Obl. I S. 393/94. Unger, Österr. Pr.R. I, S. 405.

[5]) Windscheid, Pand. II § 255, A. 17. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 405 f. Bekker, Jahrb. Bd. 5 S. 365. Regelsberger, Arch. f. Ziv. Pr. 49 S. 185.

[6]) Dernburg, Pand. II § 25 S. 74. Brinz, Pand. II § 241 f.

[7]) Z. B. Planck, Anm. 1 zu § 243.

[8]) Z. B. Staudinger, Anm. 3 zu § 243.

verhältnisse [1]). Endlich nehmen einige [2]) in den unter a aufgeführten Fällen eine Wahlschuld an.

Nach den früheren Ausführungen (unter Nr. 1) wird man die unter a aufgeführten Fälle als reine Gattungsschuld anzusehen haben: eine Wahl ist hier überhaupt nicht möglich, sondern lediglich ein Ausscheiden aus einer Masse. Schwieriger gestaltet sich die Entscheidung bezüglich der unter b aufgeführten Fälle. A verpflichtet sich z. B., einen seiner zweijährigen Hengste zu liefern oder vermacht einen Hammel seiner eigenen Hammelherde. In diesen Fällen kommt es darauf an, ob die Beteiligten die Gegenstände als gleichartig behandeln oder als Individuen ins Auge fassen. Ob das eine oder das andere der Fall ist, hängt somit lediglich von dem Willen der Parteien ab, welcher in der Art der Kundgebung seinen Ausdruck finden wird [3]). Wenn die Verpflichtung des B dahin geht, aus seinem Gestüt dem A einen zweijährigen Hengst zu liefern, so ist dies eine Gattungsschuld, gleichgültig ob B zwei, zehn oder hundert zweijährige Hengste hat. Denn dem Käufer kommt es nur darauf an, einen zweijährigen Hengst dieses Gestüts zu erhalten, nicht aber den zweijährigen Hengst x oder y oder z usw., und ebenso kommt es dem Verkäufer B nur darauf an, einen zweijährigen Hengst zu liefern, nicht aber den Hengst x oder y oder z. Ebenso wenn der Bauer A dem Bauer B eines seiner Ackerpferde vermacht, so will er ihm eben nur ein Ackerpferd vermachen, nicht aber sein Pferd x oder sein Pferd y [4]).

Je nachdem man in den Fällen der gemischt-generischen Obligation eine Gattungs- oder Wahlschuld annimmt, sind z. B. auch die Folgen einer unverschuldeten oder verschuldeten Leistungsunmöglichkeit und ebenso der Zeitpunkt wie die Folgen der Beschränkung des Schuldverhältnisses verschieden.

[1]) So Dernburg, BR. II,1 § 11 II, § 45 II.

[2]) So Berndorff, S. 17ff. Quadbeck S. 6ff. u. 9.

[3]) Besonderes Gewicht wird auch hier der Sorgfalt beizulegen sein, die die Parteien bez. der einzelnen Gegenstände angewendet wissen wollen.

[4]) Vgl. Haver, S. 24—26. Veith, S. 12. Mugdan, S. 6.

§ 5.
Die juristisch verschiedene Bedeutung der Wahl bei der Gattungsschuld und bei der Wahlschuld.

1. Der Gattungsschuld und der Wahlschuld ist eine gewisse Unbestimmtheit eigen. Das geht ohne weiteres aus ihrem Begriff hervor. Bei der Gattungsschuld betrifft diese Unbestimmtheit den Gegenstand der Leistung, nicht die Leistung selbst. Man weiß hier noch nicht, welcher Gegenstand geleistet werden wird. Bei der Wahlschuld dagegen weiß man, welche Leistungen geschuldet werden, man weiß aber nicht, welche dieser Leistungen endgültig allein geschuldet bleibt und bewirkt werden wird. Das trifft nach römischem und gemeinem sowie nach heutigem Recht nur für die Ansicht zu, die den Satz vertritt: plures res in obligatione [1]), una in solutione. Für die Vertreter der Ansicht, daß bei der Wahlschuld zunächst keine Leistung in obligatione sei, sondern erst durch Wahl oder ein gleichwertiges Ereignis festgestellt werden solle, welche Leistung nunmehr geschuldet werden solle, ist der vorhin für die Wahlschuld aufgestellte Satz dahin zu formulieren:

Bei der Wahlschuld weiß man, daß noch keine Leistung geschuldet wird, daß aber später durch Wahl oder ein gleichwertiges Ereignis die geschuldete Leistung festgestellt werden wird, nur weiß man nicht, welche der Leistungen es sein wird. Wie man aber auch für die Wahlschuld den Satz formulieren möge, das eine ist jedenfalls klar, daß die Tatsache, welche die Ungewißheit hebt, aus der Wahlschuld eine einfache Schuld macht. Es ist ferner einleuchtend, daß bei der Wahlschuld von den die Unbestimmtheit hebenden Tatsachen bestimmungsgemäß die Wahl die erste Rolle spielt. Die Wahl ist also bei der Wahlschuld ein wesentliches Moment. Nicht so bei der Gattungsschuld. Hier ist eine Leistung ohne vorherige Auswahl unter den Gattungssachen zwar auch nicht gut denkbar. Die Auswahl soll aber nicht unter den Schuldgegenständen, den

[1]) Vgl. S. 14, Anm. 1.

Leistungen selbst, sondern unter den Leistungsgegenständen, also den Gattungssachen, bestehen. Da es den Beteiligten lediglich darauf ankommt, eine den Gattungsmerkmalen entsprechende Sache zu liefern bzw. zu erhalten, so spielt hier die Auswahl, die man auch schlechthin als Wahl zu bezeichnen pflegt [1]), nur eine untergeordnete Rolle. Sie ist nicht ein wesentliches Merkmal der Gattungsschuld. Diesen Unterschied hat für das gemeine Recht schon Stintzing [2]) hervorgehoben. Daß bei der Gattungsschuld auch jetzt die Wahl nur eine untergeordnete Rolle spielt und rein tatsächlicher, der Erfüllung dienender Natur ist, geht daraus hervor, daß in dem § 213 des Entw. I. der von „auswählen" seitens des Gattungsschuldners sprach, der Ausdruck „auswählen" später gestrichen wurde und weder in dem zweiten Entwurf (§ 207) noch im BGB. (§ 243) Aufnahme fand.

Man kommt demnach zu den folgenden beiden Leitsätzen:

I. Die Wahl besteht bei der Wahlschuld unter den Schuldgegenständen, bei der Gattungsschuld unter den Leistungsgegenständen. Demnach

II. ist die Wahl für die Wahlschuld ein wesentliches Merkmal, für die Gattungsschuld aber nicht. Bei dieser ist die Wahl vielmehr nur eine Vorbereitung der Erfüllung.

2. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die nunmehr zu erörternden verschiedenen Folgen.

a) Bei der Wahlschuld ist es als selbstverständlich zu betrachten, daß das Wahlrecht sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger zustehen kann. Im Zweifel steht es dem Schuldner zu.

Diese Sätze gelten sowohl für das römische und gemeine [3]) wie für das heutige [4]) Recht.

Kann man auch bei der Gattungsschuld von einem

---

[1]) Vgl. Haver S. 17ff.

[2]) Stintzing, Jahrb. f. Dogm., Bd. 10 S. 184ff.

[3]) Vgl. D. 18,1, 34,6. D. 23,3, 10,6. D. 45,1, 106. Windscheid Pand. II, § 255,1.

[4]) BGB. § 262.

Wahlrecht des Gläubigers sprechen? Die Ansichten sind für das frühere und das heutige Recht geteilt. Bejaht wird die Frage vor allem von Regelsberger [1]) und Sintenis [2]) für das gemeine Recht, von Endemann [3]), Oertmann [4]) und Meißner [5]) für das heutige Recht. Verneint wird sie von Ihering [6]) und Stintzing [7]), sowie in neuerer Zeit von Haver [8]), Berndorff [9]) und Quadbeck [10]). Das BGB. hat zu der Frage keine Stellung genommen; nach den Motiven (II, S. 11) überläßt es die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis. Um diese Frage entscheiden zu können, muß man von dem vorhin aufgestellten Satze ausgehen, daß bei der Gattungsschuld die Wahl nur eine Vorbereitung der Erfüllung, diese aber grundsätzlich Sache des Schuldners ist, dem also auch die Vorbereitungshandlungen vorzunehmen obliegt. Von diesem Gesichtspunkte aus kann von einem Wahlrecht des Gläubigers bei der Gattungsschuld keine Rede sein. Dies scheint auch die Auffassung des BGB. zu sein. Denn während es bei der Wahlschuld ausdrücklich eine Bestimmung darüber trifft, wem das Wahlrecht zustehen kann, fehlt eine ähnliche Vorschrift bei der Gattungsschuld. Dazu kommt ferner, daß es nach den §§ 2155 Abs. 2, 2154 ein Gattungsvermächtnis mit Wahlbefugnis des Bedachten wie ein Wahlvermächtnis behandelt. Nun wird man aber nicht verkennen dürfen, daß wie bei jedem Schuldverhältnis auch bei der Gattungsschuld nach dem Willen der Beteiligten dem Gläubiger die Mitwirkung bei der Erfüllung eingeräumt werden kann. In diesem Sinne wird man die Möglichkeit eines Wahlrechts des Gläubigers bei der Gattungsschuld nicht leugnen können und so ist auch überall,

[1]) Regelsberger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 49 S. 206.
[2]) Das prakt. gem. Zivilr. S. 30.
[3]) Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I, S. 515.
[4]) A. 3 zu § 243.
[5]) BGB. S. 6.
[6]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 410.
[7]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 180, 181.
[8]) S. 21.
[9]) S. 6ff.
[10]) S. 15.

wo von einem Wahlrecht des Gläubigers bei der Gattungsschuld die Rede ist, dieses Wahlrecht zu verstehen.

Einem Dritten kann das Wahlrecht bei der Gattungsschuld niemals überlassen werden, soll sie überhaupt noch eine Gattungsschuld sein. Wird dem Dritten das Wahlrecht eingeräumt, so liegt eine durch Ausübung der Wahl bedingte Individualschuld vor, da die Beteiligten ihr Augenmerk hier nur noch auf die vom Dritten auszuwählende Sache richten.

Anders bei der Wahlschuld. Hier kann einem Dritten das Wahlrecht eingeräumt werden, was allgemein anerkannt ist. Schon das römische Recht sagt in D. 45,1, 141,1: Extranei quique persona, si comprehensa fuerit, veluti hoc modo: „utram earum Titius elegerit", non aliter stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit. Für das heutige Recht entscheiden dies die §§ 317, 319 BGB.

b) Die Wahl kann für den Fall, daß der Schuldner das Wahlrecht hat, sowohl bei der Gattungsschuld wie bei der Wahlschuld einmal dadurch ausgeübt werden, daß der Schuldner die gewählte Sache dem Gläubiger leistet bzw. nur anbietet. Sie kann ferner ausgeübt werden dadurch, daß der Schuldner bei der Wahlschuld erklärt, welche Leistung er schulden, bei der Gattungsschuld, welchen Gegenstand er leisten will. Steht die Wahl dem Gläubiger zu, so kann sie bei beiden Schuldarten nur durch Erklärung erfolgen, und zwar bei der Wahlschuld dahin, welche Leistung er fordere, bei der Gattungsschuld, welchen Gegenstand er geleistet wünsche.

Bindet nun die Ausübung der Wahl den Schuldner oder Gläubiger und in welcher Weise?

Daß diejenige Wahlausübung, die sich in der Leistung kundgibt, bindend wirkt, ist selbstverständlich und deshalb sowohl früher wie im heutigen Recht anerkannt. Das Nähere wird bei der Erörterung der Konzentration der beiden Schuldarten auszuführen sein. Hier kommt es zunächst darauf an zu untersuchen, ob die einseitige wörtliche Er-

klärung des Schuldners oder Gläubigers, er wähle die eine der Leistungen oder einen den Gattungsmerkmalen entsprechenden Gegenstand, bindend wirkt. Hierbei ist zu scheiden das Wahlrecht des Schuldners und das des Gläubigers sowohl bei der Wahlschuld wie bei der Gattungsschuld. Handelt es sich um eine Wahlschuld und hat der Schuldner das Wahlrecht, so hat seine Erklärung, er wähle eine der geschuldeten Leistungen, nach römischem Recht für ihn keinerlei bindende Wirkung. Der Schuldner hat ein ius variandi, d. h. er kann bis zur völligen Leistung seine Wahl ändern, wird aber andrerseits auch nicht frei, wenn die durch einseitige Erklärung gewählte Leistung durch Zufall unmöglich wird. Voraussetzung ist allerdings, daß dem Schuldner das Wahlrecht „pure", d. h. unbedingt zukommt[1]). Das bestimmt ausdrücklich D. 45,1, 138,1: cum pure stipulatus sum illud ant illud dare, licebit tibi, quotiens voles, mutare sententiam in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. Dagegen ist die vom Schuldner erklärte Wahl unwiderruflich, wenn ihm das Wahlrecht durch Rechtsgeschäft besonders eingeräumt ist. So entscheidet auch die l. 84 § 9 D. 30: „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato." Si dixerit heres Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Demnach ist es auch nur folgerichtig, wenn der Schuldner, dem das Wahlrecht nicht besonders eingeräumt ist, bei teilweiser Erfüllung der einen wahlweise geschuldeten Leistung sein ius variandi nicht verliert[2]).

Im gemeinen Recht war es streitig, ob der Schuldner

---

[1]) Vgl. hierzu Windscheid, Pand. II § 255 Anm. 9.

[2]) D. 12,6, 26,13: Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque . . . placuit autem . . . non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et praestiterit residua quinque, videri eum est priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita.

ein ius variandi habe oder nicht. Die herrschende Meinung stand auf dem Standpunkt des römischen Rechts[1]). Demgegenüber leugnen für das gemeine Recht ein ius variandi Ihering[2]), Demelius[3]), Regelsberger[4]) und Dernburg[5]).

Für die Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung trat auch im preußischen Recht die herrschende Meinung ein[6]).

Der erste Entwurf des BGB. hatte im § 209 ausdrücklich gesagt, daß die vollzogene Wahl unwiderruflich sei. Vollzogen aber sollte nach ihm die Wahl sein, wenn sie von dem wahlberechtigten Teile dem andern Teile gegenüber erklärt worden ist (§ 208 Abs. 1), oder wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, bewirkt oder der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, angenommen hat (§ 208 Abs. 2). An die Stelle dieser Vorschriften ist der § 263 BGB. getreten: Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile. Abs. 2: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an geschuldete." Hieraus folgt die Unwiderruflichkeit der einmal erklärten Wahl[7]).

Dagegen wurde bei der Gattungsschuld schon im gemeinen Recht mit geringen Ausnahmen die Widerruflichkeit der vom Schuldner erklärten Wahl angenommen[8]). Allerdings bestand deshalb ein Unterschied zwischen Wahl- und Gattungsschuld insofern nicht, als — wenigstens nach der herrschenden Meinung — auch bei der Wahlschuld die erklärte Wahl widerruflich war. Diese Widerruflichkeit selbst für den Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger die Wahl mitgeteilt hat, muß für die Gattungsschuld auch für das BGB. angenommen werden[9]). Das geht schon daraus

[1]) So Windscheid, Pand. II § 255 Anm. 7 und 9. Vangerow, Pand. § 567 Anm. 2 II,1. Pescatore, D. alt. Obl. S. 101 ff.

[2]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 31.

[3]) Zeitschr. f. Ziv. und Pr. Bd. 17 S. 19—38.

[4]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 49 S. 208.

[5]) Pand. II S. 80 Anm. 8.

[6]) Vgl. Förster-Eccius, S. 382 Anm. 19.

[7]) Dernburg, BR. II,1 § 43,8. Planck, Anm. 5 zu § 263.

[8]) S. Haver S. 49 ff.

[9]) So Dernburg BR. II, 1 § 121. A. M. Haver S. 52.

hervor, daß das BGB. die Wahl als wesentlichen Bestandteil der Gattungsschuld nicht anerkennt. Die Parteien richten ja ihr Augenmerk nur auf die Gattung. Wenn A ein Ackerpferd zu liefern hat, nunmehr dem B mitteilt, er werde das den Gattungsmerkmalen entsprechende Pferd x liefern, so hindert ihn nichts, statt dessen das den Gattungsmerkmalen entsprechende Pferd y zu leisten. Der Gläubiger will ja lediglich ein Ackerpferd.

Aus diesem Unterschied zwischen Gattungsschuld und Wahlschuld ergibt sich eine Reihe praktischer Folgerungen:

Der Schulder A erklärt bei einer Wahlschuld, er werde die Leistung x bewirken. Am Fälligkeitstage bietet er die Erfüllung der Leistung y an. Verweigert B die Annahme, so kommt er nicht in Annahmeverzug, wohl aber A in Schuldnerverzug und hat sämtliche Folgen desselben zu tragen. Anders bei der Gattungsschuld. A erklärt, er wolle die Gattungssache x liefern, liefert aber die Gattungssache y. Nimmt B nicht an, so kommt er in Gläubigerverzug und muß dessen Folgen tragen, während sich die Haftung des A verringert. Denn A hat ihm den geschuldeten Gegenstand geliefert, nämlich eine Gattungssache, vorausgesetzt, daß die Sache y mittlerer Art und Güte ist (§ 243).

Hat bei der Wahlschuld in dem angeführten Beispiele B die Leistung y angenommen, so liegt nicht Erfüllung, sondern Annahme an Erfüllungsstatt vor (§ 364 BGB.). Will er also nachträglich die Leistung y nicht als Erfüllung gelten lassen, so muß er beweisen, daß y nicht geschuldet war (§ 363 BGB.). Hat aber bei der Gattungsschuld B den Gegenstand y angenommen, so liegt Erfüllung, nicht Annahme an Erfüllungsstatt vor. Will also B y nicht als Erfüllung gelten lassen, so kann er nur geltend machen, daß y nicht mittlerer Art und Güte ist; er muß also beweisen, y sei geringer als mittlerer Art und Güte.

Ebenso wie die Wahlerklärung des Schuldners ist die des wahlberechtigten Gläubigers bei der Wahlschuld unwiderruflich, bei der Gattungsschuld widerruflich. Bei der Wahlschuld

ist also sowohl der Schuldner wie der Gläubiger an die Erklärung gebunden, bei der Gattungsschuld dagegen nicht. Hat bei der Wahlschuld der Gläubiger seine Wahl erklärt, so darf der Schuldner nur die gewählte Leistung bewirken, will er nicht in Verzug kommen. Ebenso ist aber auch der Gläubiger gebunden. Er darf nur die gewählte Leistung fordern. Er darf aber auch die ihm angebotene Leistung nicht zurückweisen, weil er die andere nicht gewählte haben wolle; sonst würde er in Annahmeverzug geraten und hätte dessen Folgen zu tragen.

Bei der Gattungsschuld dagegen ist der Schuldner nicht verpflichtet, gerade die vom Gläubiger gewählte Sache zu liefern. Er kann statt ihrer eine andere liefern, deren Leistung ihm bequemer ist, z. B. weil er eine den Gattungsmerkmalen entsprechende Sache bereits hat oder seinerseits schon gewählt hat. Ebensowenig ist der Gläubiger gebunden; er kann vielmehr erklären, er überlasse es dem Schuldner, eine andere Gattungssache statt der gewählten zu liefern.

Für das BGB. ergibt sich dies aus den bisherigen Ausführungen. Was das römische Recht betrifft, so hatte dieses bei der Wahlschuld das ius variandi des wahlberechtigten Gläubigers anders wie beim wahlberechtigten Schuldner eingeschränkt. Hatte sich nämlich der Gläubiger versprechen lassen unter der Formel „quem volam", so sollte ihm das ius variandi zustehen; hatte er sich versprechen lassen unter der Formel „quem voluero", so stand es ihm nicht zu[1]). Natürlich darf der Widerruf der Wahlerklärung bei der Gattungsschuld nicht zu Schädigungen des anderen Teiles führen. Hat z. B. der wahlberechtigte Schuldner ein Kutschpferd zu liefern und erklärt er, einen Schimmel liefern zu wollen; der Gläubiger schafft ein passendes Geschirr an. Jetzt liefert der Schuldner einen den Gattungsmerkmalen entsprechenden Rappen, für den das Geschirr nicht paßt[2]). Auch in diesem Falle wird der

[1]) D. 45,1, 112, pr; vgl. Windscheid, Pand. II, § 255 Anm. 9.

[2]) Vgl. Haver, S. 51.

Gläubiger die Annahme nicht verweigern können, ohne in Verzug zu kommen. Aber er kann Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er der Erklärung des Schuldners vertraut hat (§§ 823, 826 BGB.).

c) Die unter Nr. 1 aufgestellten Sätze beantworten auch die Frage, welche Wirkungen es hat, wenn der Schuldner oder der Gläubiger irrtümlich von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht.

Liegt eine Wahlschuld vor und hat der Schuldner das Wahlrecht, so kann der Irrtum in doppelter Weise in Betracht kommen.

Der Schuldner erklärt z. B., er werde zu einer bestimmten Zeit die Leistung x bewirken, zu der allein er sich irrigerweise verpflichtet glaubt, oder er bewirkt in diesem Glauben die Leistung x ohne besondere vorhergehende Erklärung. Das römische Recht behandelte lediglich den Fall der irrtümlichen Leistung und entschied in D. 12, 6, 32, 3: qui hominem generaliter promisit similis est ei, qui hominem aut decem debet, si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit. Der Schuldner kann also kondizieren, da er ein indebitum geleistet hat.

Eine abweichende Ansicht hat Celsus ausgesprochen in D. 31,19: Si is, cui legatus est Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet: tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit. Der ersteren Entscheidung ist jedoch der Vorzug zu geben, da sie dem Wesen der Wahlschuld mehr entspricht.

Für das BGB. muß man die irrtümliche Erklärung und die irrtümliche Leistung gesondert betrachten. Der Schuldner erklärt dem Gläubiger, er werde die Leistung x bewirken; er nimmt an, daß er zu dieser Leistung allein verpflichtet sei. Da der Schuldner die Leistung x in der Tat schuldet und seine Erklärung nach außenhin als Wahlerklärung auftritt, so ist sie zunächst maßgebend und gemäß § 263

Abs. 2 die Leistung x die allein geschuldete. Erkennt der Schuldner später seinen Irrtum, so muß er unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.) seine Erklärung anfechten. Unterläßt er trotz seiner Kenntnis die Anfechtung und bietet er die Leistung y zur Erfüllung an, so kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn er die Annahme verweigert, vielmehr der Schuldner in Leistungsverzug und hat dessen Folgen zu tragen. Nimmt der Gläubiger allerdings, wenn vielleicht auch irrigerweise, die Leistung y an, so liegt datio in solutionem vor, und es gilt das, was hierüber bereits auf S. 28 gesagt worden ist. Zweitens: Der Schuldner bewirkt ohne besondere vorhergehende Erklärung die Leistung x, weil er diese für allein geschuldet hält. Erkennt er später seinen Irrtum, so kann er gemäß § 812 BGB. die Herausgabe des geleisteten Gegenstandes fordern. Denn er hat ein indebitum geleistet, da seiner Leistung der wesentliche Bestandteil, die Wahl, fehlt, die bewirkte Leistung also eine andere ist als die geschuldete[1]).

Ferner: Der Schuldner bewirkt in Unkenntnis seiner alternativen Verpflichtung beide Leistungen. Es ist natürlich, daß er eine der Leistungen zurückfordern kann; denn zwei Leistungen braucht er nicht zu bewirken. Darin stimmen auch die römischen Juristen überein. Aber während Celsus, Marcellus und Ulpian[2]) hierbei das Wahlrecht, welche Sache zurückzugeben sei, dem Gläubiger zuerkennen — denn der Schuldner habe kein indebitum geleistet, da beide Leistungen in obligatione waren —, gebührt hier nach Julian und Papinian[3]) das Wahlrecht dem Schuldner. Letzterer Ansicht hat sich Justinian angeschlossen, wenn er in C. 4, 5, 10,2 entscheidet: nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.

Im Sinne des Marcellus, Ulpianus und Celsus entschied

[1]) Ebenso Dernburg, II, 1. d. BR. § 44,11.

[2]) D. 12,6, 26,13; C. 4, 5, 10.

[3]) C. 4, 5, 10.

das Preuß. Allgemeine Landrecht[1]), wenn es bei Zurückforderung wegen Irrtums dem Empfänger die Wahl, welchen Leistungsgegenstand er behalten wolle, zusprach. Dagegen stimmt das BGB. mit der Entscheidung Justinians überein. Zwar waren beide Leistungen in obligatione, jedoch sollte nur eine in solutionem kommen, je nach der Wahl des Schuldners. Sind nun beide Leistungen in solutionem gekommen ohne Wahl, so hat der Schuldner sein Wahlrecht noch nicht aufgezehrt; es besteht also noch weiter, mithin hat er zu bestimmen, welche Leistung zurückzugeben ist[2]).

Bei der Gattungsschuld wird ein Irrtum des Schuldners bezüglich seines Wahlrechts selten vorkommen. Hat sich aber der Schuldner geirrt, so kann das nur in der Weise geschehen sein, daß er sich für einen Speziesschuldner hält, während er in Wirklichkeit Gattungsschuldner ist. Bei der Wahlschuld dagegen bedeutet der Irrtum des Schuldners, daß er sich für einen einfachen Schuldner hält, sei es Spezies- oder Gattungsschuldner, während er in Wirklichkeit Alternativschuldner ist.

Teilt der Schuldner dem Gläubiger mit, er werde zu einem bestimmten Zeitpunkt die Sache x leisten, die er allein für geschuldet hält, so bindet ihn diese Erklärung, wie bereits gezeigt worden ist, im Gegensatz zur Wahlschuld nicht, wenigstens in dem Sinne nicht, daß er nunmehr die Sache x leisten müßte. Erklärt er später seinen Irrtum, so braucht er im Gegensatz zur Wahlschuld seine Erklärung nicht besonders anzufechten, denn die Sache x ist, auch wenn sie den Gattungsmerkmalen entspricht, noch nicht in obligatione. Er kann also bis zum Fälligkeitstermine warten und dann statt der Sache x die den Gattungsmerkmalen entsprechende Sache x^1 liefern. Dadurch kommt nicht etwa er in Schuldnerverzug, sondern der Gläubiger käme in Annahmeverzug, wenn er die Annahme der Sache x^1 verweigerte. Allerdings würde der Schuldner dem Gläubiger zum Schadenersatz verpflichtet sein, wenn

[1]) I, 16, § 192.

[2]) So Dernburg, BR. II., 1 § 44,11.

letzterer im Vertrauen auf die Erklärung des Schuldners Vorkehrungen getroffen hat, die nunmehr nutzlos sind.

Zweitens: Der Schuldner hat die Sache x in dem Glauben, Speziesschuldner zu sein, ohne vorhergehende Erklärung geleistet. Entspricht die Sache den Gattungsmerkmalen und ist sie mittlerer Art und Güte, so wird man ihm einen Rückforderungsanspruch nur dann zugestehen können, wenn die Sache x mehr als mittlerer Art und Güte ist und er vertragsmäßig oder aus einem andern Grunde zur Leistung dieser besseren Sache nicht verpflichtet war. Bei der Wahlschuld dagegen kann der Schuldner, wie gezeigt, jederzeit kondizieren.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht und handelt es sich um eine Wahlschuld, so kann ein Irrtum vorliegen, indem der Gläubiger den Schuldner zur Bewirkung der Leistung x auffordert oder ohne solche Aufforderung die ihm angebotene Leistung x als Erfüllung annimmt, ohne von seinem Wahlrecht Kenntnis zu haben oder sich desselben bewußt zu werden.

Das römische Recht gibt dem Gläubiger in diesen Fällen nicht das Recht, seine Wahlerklärung bzw. Wahlausübung rückgängig zu machen. Dies geht aus dem ersten Satze der angeführten Stelle D. 31, 19[1]) hervor. Wenn der Gläubiger einen Anspruch auf den Stichus oder Pamphilus hat, er aber glaubt, er habe nur den Stichus zu beanspruchen und diesen klagend verlangt, so kann er nach Erkennung seines Irrtums seine Klage nicht mehr ändern. Mit der Klageerhebung hat der Gläubiger, wenn auch irrtümlich, sein Wahlrecht ausgeübt und kann nach römischem Recht seine Erklärung nicht rückgängig machen.

Diese Entscheidung widerspricht aber dem Wesen der Wahlschuld und muß demnach auch für das BGB. anders lauten. Fordert der Gläubiger den Schuldner zur Erfüllung der Leistung x auf und erkennt er später seinen Irrtum, so muß er unverzüglich anfechten, sonst ist er gezwungen,

[1]) Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet . . . .

x anzunehmen, will er nicht in Annahmeverzug geraten. Denn x ist geschuldet und seine Aufforderung tritt nach außen hin als Ausübung der Wahl auf. Nimmt er die Leistung x an ohne vorhergehende Aufforderung und sieht erst später ein, daß ihm ein Wahlrecht zustehe, so hat er gleichfalls die Annahme unverzüglich anzufechten, wenn er sie nicht gelten lassen will, und zwar aus demselben Grunde: in der Leistung liegt ja die Wahlerklärung.

Anders ist der Irrtum des Gläubigers bei der Gattungsschuld zu beurteilen. Das Wahlrecht hat hier, wie wir gesehen haben, nur die Bedeutung einer Mitwirkung bei der Leistung. Glaubt der Gläubiger, er habe die bestimmte Sache x zu erhalten und fordert er den Schuldner zur Leistung dieser Sache x auf, so braucht er seine Erklärung nicht besonders anzufechten, wenn er später seinen Irrtum erkennt. Er kann also abwarten, bis der Schuldner leistet. Leistet dieser tatsächlich die Sache x und entspricht sie den Gattungsmerkmalen und ist sie mittlerer Art und Güte, so wird er sie natürlich auch annehmen. Ist die gewählte Sache x geringer als mittlerer Art und Güte, so wird er sie zurückweisen können, ohne in Verzug zu kommen. Denn als Gattungssache, als welche sie vom Schuldner und jetzt auch vom Gläubiger behandelt wird, braucht sie wegen ihrer geringeren Qualität zur Leistung nicht zugelassen zu werden. Allerdings wird der Schuldner alsdann Ersatz des Schadens verlangen können, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Ist die Sache x besser als mittlerer Art und Güte, so ist sie zur Leistung geeignet, sofern nicht etwa eine erforderliche Gegenleistung des Gläubigers durch ihre bessere Qualität berührt wird. In diesem Falle kann der Gläubiger, ohne in Verzug zu kommen, die Annahme verweigern, wenn seine Gegenleistung sich hierdurch erhöhen sollte, muß aber dann, wie vorhin, dem Schuldner Schadenersatz leisten. Demnach wird der Gläubiger, wenn er irrtümlich angenommen hat, der Schuldner habe ihm das bestimmte x zu liefern und er dementsprechend den

Schuldner zur Leistung aufgefordert hat, gut tun, seine Aufforderung durch Anfechtung rückgängig zu machen, sobald er seinen Irrtum eingesehen hat.

Hat ferner der Gläubiger die Sache x als individuell geschuldet angesehen, wird sie ihm hierauf als Gattungssache geliefert und nimmt er sie als individuell geschuldet an, so wird sein Irrtum gar nicht in Betracht kommen, wenn x den Gattungsmerkmalen entspricht und mittlerer Art und Güte ist. Der Irrtum wird nur in Betracht kommen, wenn x geringer oder zwar besser als mittlerer Art und Güte ist, die etwaige Gegenleistung des Gläubigers sich aber erhöhen sollte. Er kann alsdann statt der Sache x eine Gattungssache x, mittlerer Art und Güte fordern, aber nicht etwa aus dem Grunde, weil die Sache x nicht geschuldet sei, sondern weil sie nicht mittlerer Art und Güte ist.

d) Der Verzug hinsichtlich der Wahlerklärung.

Bei der Gattungsschuld ist die Wahl kein wesentliches Moment für das Schuldverhältnis und demnach die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten, er wähle eine den Gattungsmerkmalen entsprechende Sache, nicht bindend. Daraus folgt, daß es bei der Gattungsschuld einen Verzug hinsichtlich der Ausübung des Wahlrechts nicht geben kann. Der Verzug kommt hier rechtlich nur als Leistungsverzug in Betracht. Ist der Schuldner wahlberechtigt, so kann keine Aufforderung des Gläubigers, der Schuldner solle, vielleicht, da der Fälligkeitstermin nahe sei, endlich unter den Gattungssachen auswählen, den Schuldner in Verzug setzen. Erst wenn der Fälligkeitstermin gekommen ist und der Schuldner nun nicht leistet, gerät er in Verzug, falls dessen Voraussetzungen vorliegen. Der Gläubiger muß also warten bis zur Fälligkeit der Leistung, dann aber kann er Klage erheben auf Lieferung einer den Gattungsmerkmalen entsprechenden Sache und zwar nur einer solchen Sache. So bestimmt z. B. I. 4,6 § 33: si quis generaliter hominem stipulatus sit et specialiter Stichum petat, aut generaliter purpuram stipulatus est, deinde specialiter

Tyriam petat: plus petere intellegitur, quia electionem adversario tollit . . . .

Für das heutige Recht folgt dies aus dem Wesen der Gattungsschuld und den bisher erörterten Grundsätzen. Hat der Gläubiger das Wahlrecht und übt er es nicht aus, d. h. wirkt er bei der Erfüllungsvorbereitung nicht mit bis zur Fälligkeit, so kann der Schuldner nie in Verzug kommen, da in der Ausübung des Wahlrechts zugleich die Aufforderung zur Leistung liegt.

Anders bei der Wahlschuld. Hier ist die Wahl wesentliches Moment für das Schuldverhältnis und die einseitige Erklärung der Wahl bindend, wie wir gesehen haben. Im Gegensatz zur Gattungsschuld ist sie also nicht nur rein tatsächlicher Natur, sondern ein Recht, das weiter zu einer Wahlpflicht führt.[1]) Demnach kann sich bei der Wahlschuld der Verzug auf die Ausübung der Wahl selbst beziehen. Anders wie bei der Gattungsschuld kann man hier zwischen einem Verzuge hinsichtlich der Leistung unterscheiden. Allerdings wird dieser Unterschied regelmäßig nur dann von Bedeutung sein, wenn der Zeitpunkt für die Wahlausübung ein anderer ist als der für die Leistung, z. B. es ist bestimmt worden, daß der wahlberechtigte Teil bis zu einem bestimmten Termine zu erklären habe, welche Leistung er wähle, daß aber die Leistung selbst an einem späteren Termin zu bewirken sei.

Es fragt sich, welche Wirkung es hat, wenn der wahlberechtigte Teil mit seiner Wahlerklärung in Verzug kommt. Nach bisherigem Recht war bestritten, welchen Einfluß der Verzug des Wahlberechtigten auf das Wahlrecht habe. Der wahlberechtigte Schuldner verlor sein Wahlrecht nicht[2]). Deshalb mußte der Gläubiger alternativ klagen und es erging auch ein alternatives Urteil. Nur wenn der alternativ verurteilte Schuldner trotzdem sein Wahlrecht nicht ausübte und nicht erfüllte, ging sein Recht auf den Gläubiger über[3]).

[1]) Vergl. Chamizer S. 13 ff.

[2]) Vergl. Windscheid Pand. II § 255 A. 11.

[3]) D. 31, 11,1.

War der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so gab Dernburg [1]) den Schuldnern das Recht, dem Gläubiger die Erfüllung der einen Leistung anzubieten und sich dann durch Hinterlegung zu befreien. Die herrschende Theorie und die Praxis aber standen auf dem entgegengesetzten Standpunkte, wonach der Verzug des Gläubigers von keinem Einfluß auf sein Wahlrecht ist [2]).

Das BGB. hat diese Streitfrage beseitigt durch den § 264. Der Abs. 1 handelt von dem Verzuge des wahlberechtigten Schuldners und bestimmt:

„Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger" usw.

Der Abs. 2 handelt von dem Verzuge des wahlberechtigten Gläubigers und lautet:

„Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge" usw.

Hat der Schuldner das Wahrecht, so ist es für das BGB. gleichgültig, ob er es bis zu einem bestimmten Zeitpunkte auszuüben hat oder nicht. In jedem Falle behält er sein Wahlrecht selbst über den Beginn der Zwangsvollstreckung hinaus, solange der Gläubiger die Leistung, auf die er die Zwangsvollstreckung richtet, nicht ganz oder teilweise erhalten hat. Der Gläubiger kann also nicht etwa auf Ausübung der Wahl klagen, sondern muß warten bis zum Fälligkeitstermine. Insofern ist die Wahlschuld der Gattungsschuld gleich. Aber während bei der letzteren der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit nur auf Leistung eines den Gattungsmerkmalen entsprechenden Gegenstandes klagen kann, muß er hier alternativ auf die eine oder andere Leistung klagen.

Hat dagegen der Gläubiger das Wahlrecht, so kann zwischen dem Zeitpunkt der Wahlausübung und dem der Leistung unterschieden werden. Demnach gibt es auch nur in diesem Falle eigentlich einen Verzug in der Wahlausübung durch einseitige wörtliche Wahlerklärung. Dem

[1]) Pandekten II § 27 a. E.

[2]) Vgl. Windscheid Pand. II § 346 A. 10. RG. Bd. 30 S. 99.

trägt auch das BGB. insofern Rechnung, als es hier von einem Verzuge des wahlberechtigten Gläubigers spricht, während es beim Schuldner nur sagt: „Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung vor“ usw. Die Rechte des Schuldners im Falle des Verzuges des Gläubigers regelt der § 264 Abs. 2 dahin, daß der Schuldner unter Bestimmung einer angemessenen Frist den Gläubiger zur Vornahme der Wahl auffordern kann, und daß nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht.

e) Weil bei der Gattungsschuld die Wahl unter den Leistungsgegenständen besteht, so kann sie auch durch den Erfüllungsübernehmer erfolgen. Ist bei dem Übernahmevertrag nichts besonderes vereinbart, so hat der Übernehmer ohne weiteres das Recht, selbst auszuwählen.

Dieses Recht kann ihm nicht ohne weiteres bei der Wahlschuld eingeräumt werden. Hier wird durch die Wahl für immer festgestellt, welche Leistung allein geschuldet bleibt. Der Schuldner soll überlegen dürfen, welche der wahlweise geschuldeten Leistungen er am besten und bequemsten bewirken könne. Nimmt man an, daß durch den Übernahmevertrag das Wahlrecht auf den Übernehmer übergeht, so könnte der Übernehmer eine Leistung wählen, die dem Schuldner kostspieliger ist als die anderen; durch seine Wahl würde er nach § 263 Abs. 2 den Schuldner binden, die gewählte Leistung zu liefern. Wenn nun der Übernehmer nachträglich nicht imstande ist, die gewählte Leistung zu erfüllen, so müßte sie der Schuldner selbst erfüllen. Es würde also in diesem Falle der Zweck der Übernahme, Erleichterung des Schuldners, nicht erreicht werden. Für den Fall dagegen, daß der Übernehmer im Augenblick der Wahlausübung zugleich leistet, wird man ihm das Wahlrecht zugestehen können.

§ 6. Die Beschränkung der Gattungsschuld und der Wahlschuld.

1. Den Zustand der Unbestimmtheit, welcher sowohl der Gattungsschuld wie der Wahlschuld eigen ist, streben naturgemäß beide Schuldarten zu verlassen, da sonst ihr Zweck, Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners, nicht erreicht werden würde. Dieses Streben kann sich bei der Gattungsschuld ihrem Wesen entsprechend nur auf den Gegenstand der Leistung, bei der Wahlschuld nur auf den Gegenstand der Schuld beziehen. Die Gattungsschuld strebt also danach, an die Stelle eines nach Gattungsmerkmalen bestimmten Gegenstandes einen bestimmten Gegenstand zu setzen, also zu einer Speziesschuld zu werden. Die Wahlschuld dagegen strebt danach, an die Stelle der mehreren geschuldeten Leistungen eine geschuldete Leistung zu setzen, also zu einer einfachen Schuld zu werden. Man pflegt auch zu sagen: Die Gattungsschuld hat das Bestreben, sich auf einen bestimmten Leistungsgegenstand, die Wahlschuld das Bestreben, sich auf einen einfachen Schuldgegenstand zu beschränken [1]). Das Wesen der Beschränkung der beiden Schuldarten besteht demnach darin, daß die Gattungsschuld von der Beschränkung an nach den Regeln der Speziesschuld zu behandeln ist, die Wahlschuld nach denen, die für eine einfache Schuld gelten, welch letztere wiederum eine Spezies- oder eine Gattungsschuld sein kann. Die Bedeutung der Beschränkung liegt in der Gefahrtragung.

2 a) Die Beschränkung der Gattungs- und der Wahlschuld kann einmal durch Handlungen herbeigeführt werden, die von den Beteiligten im Sinne der Erfüllung der Schuld vorgenommen werden [2]).

Die späteste dieser Handlungen ist naturgemäß die Leistung selbst. Freilich kann man in diesem Falle nicht

[1]) So das BGB., vgl. § 243 Abs. 2. Andere ähnliche Ausdrücke sind Konzentration oder Konkretisierung der Gattungs- und Wahlschuld.

[2]) S. Haver S. 37.

Der Ausscheidungstheorie gegenüber steht die Iheringsche[1]) Lieferungstheorie. Nach Ihering „geht beim Gattungskauf die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Lieferung, die Lieferung aber geschieht bei ihm selbst (holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich noch ausreichend“[2]).

Auch Bekker[3]), der seine Theorie Individualisierungstheorie nennt, verlangte zur Konzentration Leistung. Nur wich er darin von Ihering ab, daß er bei Schulden auf Schicken noch Übergabe an den Käufer verlangte, die Gefahr bis dahin also den Verkäufer tragen ließ. Er gab aber selbst zu, daß dies dem mutmaßlichen Willen der Parteien widersprechen würde, und man daher annehmen müsse, „daß die Spezialisiernng nach diesem Parteiwillen schon mit der vollendeten Absendung als geschehen gelten soll“ (a. a. O. S. 388). Endlich sei noch die sog. Wahltheorie Regelsbergers[4]) erwähnt. Bei Hohl- und Bringschulden erfolge die Konzentration mit der Tradition. Insofern steht Regelsberger auf dem Boden Iherings. Bei Schickschulden dagegen erfolge die Konzentration entweder durch Übergabe an die Transportperson oder durch Ausscheidung und Absendung der Anzeige hiervon an den Käufer. Insofern steht Regelsberger wieder Thöl nahe.

Die herrschende Theorie war die Iheringsche, und diese hat sowohl das BGB. wie auch das ALR. I. 11, § 128 bis 130, 35 bis 102 zum Gesetz erhoben. Ersteres sagt nämlich in § 243 Abs. 2: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache,“ nämlich mittlerer Art und Güte, „seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache“.

---

[1]) Im Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 366 ff.

[2]) A. a. O. S. 438. Der Iheringschen Ansicht schlossen sich an: Stintzing (Jahrb. f. Dogm. 10 S. 206); Windscheid (Pand. II. § 390 A. 8.); Dernburg, (Pand. II. § 94. A 9.)

[3]) Jahrb. f. Gem. R. Bd. 5 S. 350 ff.

[4]) Arch. f. Zw. Pr. Bd. 49, Nr. 8.

Aus diesem vom BGB. ausgesprochenen Grundsatz ergeben sich zwei Folgerungen:

1. Nur Handlungen des Schuldners können die Beschränkung der Schuld herbeiführen, niemals Handlungen des Gläubigers.

2. Die Handlungen des Schuldners müssen Erfüllungshandlungen sein oder die Erfüllung wenigstens unmittelbar bezwecken: deshalb scheiden alle diejenigen Handlungen aus, die die Erfüllung nur vorbereiten sollen.

Auch bei der Wahlschuld läßt sich aus einem allgemeinen leitenden Grundgedanken die Frage beantworten, in welchem früheren Zeitpunkt als dem der Leistung die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine einfache Schuld eintritt. Dieser Grundgedanke folgt aus dem Begriff und Wesen der Wahlschuld. Bestimmungsgemäß soll hier die Ungewißheit hinsichtlich der zu bewirkenden Leistung in erster Linie durch die Wahl erfolgen.

Das römische und, ihm folgend, das Gemeine Recht haben diese Folgerung aus dem Begriff und Wesen der Wahlschuld nicht gezogen oder wenigstens nicht im vollen Umfange. Wir haben gesehen, daß im römischen und gemeinen Recht nur die vollständig bewirkte Leistung den Schuldner band.

Die Wahlerklärung ohne Leistung war für ihn jedoch nur bindend, wenn das Wahlrecht besonders eingeräumt war. Die einseitige, nicht besonders eingeräumte Wahlerklärung seitens des Schuldners oder des Gläubigers band den Wahlberechtigten und den Gegner nicht. Da dieser also immer noch ein ius variandi hatte, so konnte selbstverständlich eine Beschränkung der Wahlschuld nicht eintreten[1]).

Entgegen dem römischen und gemeinen Recht hat das Preußische Recht die dem Wesen der Wahlschuld allein entsprechende Folgerung gezogen, daß mit der Ausübung der Wahl, also auch mit deren bloßer Erklärung, die Beschränkung der Schuld eintritt[2]).

[1]) Windscheid, Pand. II, § 255,1.

[2]) Vgl. Förster-Eccius, S. 382, A. 19.

Ebenso hat das BGB. dem Wesen der Wahlschuld Rechnung getragen, wenn es im § 263 Abs. 2 bestimmt: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete". Da nun nach § 263 Abs. 1 die Wahl durch Erklärung gegenüber dem andern Teile ausgeübt wird, so fällt unter § 263 Abs. 2 anders als im römischen und gemeinen Recht, nicht nur diejenige Wahlausübung, die sich in der Leistung erschöpft, sondern auch die bloße Wahlerklärung und die teilweise Leistung. Demnach hat die Wahlerklärung einmal bindende Wirkung in dem im § 5 erörterten Sinne, sodann aber auch beschränkende Wirkung. Dagegen hat bei der Gattungsschuld die Wahlerklärung weder bindende noch beschränkende Wirkung.

Welche Bedeutung kommt nun der gesetzlichen Bestimmung zu:

„Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete?"

Man spricht vielfach von einer rückwirkenden Kraft der Wahlerklärung[1]). Dies ist nicht ganz zutreffend. Wie bereits bei der Erörterung des Wesens der Wahlschuld ausgeführt worden ist, liegt im § 263 Abs. 2 der Nachdruck auf dem Worte „allein"[2]). Das Wort „gilt" bezieht sich demnach nicht auf das Wort „geschuldet", sondern auf die Worte „von Anfang an allein".

Irrig ist die in den Protokollen der zweiten Kommission (Bd. II S. 564) niedergelegte Auslegung des § 263 Abs. 2 BGB. Dieser ist hervorgegangen aus Entwurf I 209 S. 2: „Das Schuldverhältnis ist nach Vollziehung der Wahl so zu beurteilen, wie wenn es von Anfang an nur auf die gewählte Leistung gerichtet gewesen wäre." Bei den Kommissionsberatungen war beantragt worden, diesen § 209 S. 2 zu streichen. Der Antrag wurde aber abgelehnt, weil er nicht zu entbehren sei, um klarzustellen, daß bei der alternativen Obligation der zu leistende Gegenstand sich von Anfang

[1]) Z. B. Planck, Anm. 5 zu § 263. Vgl. Prot. II S. 564.

[2]) Vgl. Pescatore, d. Wahlschuldverh. S. 126/127. Schollmeyer, Anm. 4 zu § 263. Chamizer, S. 2/3.

an in obligatione befinde und daß deshalb die vollzogene Wahl zurückwirke. Dies ist nicht richtig. Der § 263 Abs. 2 BGB. wie § 209 S. 2 des Entwurfs wollen nicht erst klarstellen, daß sich bei der Wahlschuld der zu leistende Gegenstand von Anfang an in obligatione befinde, denn das folgt schon aus § 262 BGB. bzw. § 207 des ersten Entwurfs. Demnach kann der § 263 Abs. 2 nur dahin ausgelegt werden, daß die nicht gewählten Leistungen als nie geschuldet betrachtet werden sollen[1]).

b) Zieht man aus den soeben entwickelten Grundsätzen für die Gattungsschuld und für die Wahlschuld die Folgerungen, so kommt man zu nachstehenden Ergebnissen:

Bei der Gattungsschuld wirkt die einfache Wahlerklärung nicht beschränkend. Wenn der Schuldner das Recht der Auswahl hat, deshalb nicht, weil die Auswahl nur eine Vorbereitung der Erfüllung ist, der Schuldner also noch nicht alles zur Leistung Erforderliche getan hat. Wenn der Gläubiger das Recht der Auswahl hat, deshalb nicht, weil in dieser Auswahl nur eine Mitwirkung bei der Erfüllung zu sehen ist, und das zur Leistung Erforderliche der Schuldner zu tun hat.

In beiden Fällen treten demnach auch die Folgen der Beschränkung, insbesondere der Gefahrübergang auf den Gläubiger, nicht ein. Der Schuldner hat also den Schaden zu tragen, der ihm durch den zufälligen Untergang der von ihm oder dem Gläubiger ausgewählten Sache erwächst, gleichgültig, ob die Sache aus der Gattung bereits ausgeschieden ist oder nicht, und ob dem andern Teil von der Ausscheidung Nachricht gegeben ist oder nicht. Bis zur Leistung trägt also die Gefahr stets der Schuldner. So durchaus nach BGB. und im gemeinem Recht nach der herrschenden Iheringschen Theorie. Nach der Ausscheidungstheorie würde aber die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen sein, sobald ausgeschieden ist (Heyer), oder ausgeschieden und Nachricht gegeben ist (Thöl, Regelsberger).

[1]) Ebenso Schollmeyer, A. 4 zu § 263.

Anders bei der Wahlschuld. Hier wirkt schon die wörtliche Erklärung der Wahl oder die aus schlüssigen Handlungen[1]) zu folgernde Wahlausübung auch ohne völlige Leistung beschränkend. Sind die wahlweise geschuldeten Leistungen individuell bestimmt, so hat man es nach Ausübung der Wahl nur noch mit einer einfachen Spezies-schuld zu tun; sind die wahlweise geschuldeten Leistungen generell bestimmt, so hat man es nach Ausübung der Wahl nur noch mit einer einfachen Gattungsschuld zu tun. So wie oben erwähnt, nach preußischem und heutigem Recht, nach römischem und gemeinem Recht aber nur, wenn das Wahlrecht des Gläubigers oder Schuldners auf besonderer, rechtsgeschäftlicher Bestimmung beruht[2]). Es trägt also die Gefahr des zuerst untergehenden individuellen Gegenstandes oder der zuerst untergehenden Gattung der Schuldner, des später untergehenden individuellen Gegenstandes oder der später untergehenden Gattung der Gläubiger.

Bei der Wahlschuld ist, wie gezeigt, die Wahl ein der Leistung vorangehender Zeitpunkt, in dem die Beschränkung des Schuldverhältnisses eintritt. In welchem früheren Zeitpunkt tritt nun die Beschränkung bei der Gattungsschuld ein? Dieser Zeitpunkt ist erstens der Gläubigerverzug, mit welchem demnach auch die Gefahr auf den Gläubiger übergehen muß.

Für das gemeine Recht ergibt sich dies, soweit die Iheringsche Theorie in Betracht kommt, aus dieser selbst, da ja der Schuldner alles zur Leistung Erforderliche getan hat, wenn er den Gläubiger in Annahmeverzug setzt. Mehr kann er eben nicht tun.

Doch auch vom Standpunkte der Ausscheidungstheorie müßte die konzentrierende Wirkung des Verzuges anerkannt werden: denn wenn schon die Ausscheidung diese Wirkung

[1]) Z. B. teilweise Leistung, wenn der Gläubiger sie annimmt, Klageerhebung, Antrag auf Zwangsvollstreckung oder auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung.

[2]) D. 18,1, 34,6.

äußern soll, so doch erst recht die spätere Versetzung des Gläubigers in Annahmeverzug.

Das BGB. bestimmt in § 300 Abs. 2: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkte auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die ihm angebotene Sache nicht annimmt."

Gefahrtragung oder Beschränkung des Schuldverhältnisses sind aber Korrelate[2]). Geht also infolge Verzuges die Gefahr auf den Gläubiger über, so muß in dem Augenblicke des Verzuges auch die Beschränkung des Schuldverhältnisses eingetreten sein[3]). Soll der Gläubiger aber in Verzug kommen, so ist mit Rücksicht auf § 279 BGB. stets erforderlich, daß die Sache tatsächlich aus der Gattung ausgeschieden ist[4]). Bei der Bringschuld muß dann noch das tatsächliche Angebot der Sache dazukommen; bei der Holschuld wird aber, vorausgesetzt, daß die Gattungssache bereits ausgeschieden ist, nach § 295 BGB. das wörtliche Angebot genügen, d. h. die Aufforderung, sich die ausgeschiedene Sache zu holen[4]).

Aus dem Wortlaut des § 300 Abs. 2 folgt, daß beim Annahmeverzug die Beschränkung des Schuldverhältnisses nebst ihren Folgen nur eintritt, wenn die Leistung angeboten ist. Demnach tritt die Beschränkung nicht ein, wenn auf andere Weise als durch Nichtannahme eines Angebots der Gläubiger in Verzug gerät. Dies ist aber einmal der Fall, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder sich kalendermäßig berechnen läßt (§ 296 BGB.), und ferner, wenn der Gläubiger dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Leistung zwar annehmen, aber eine gegen-

[1]) Prot. 2. Les. S. 575.

[2]) Schollmeyer II. 1 S. 13. Planck. Anm. 4 zu § 243.

[3]) Planck. Anm. 3 zu § 300. Schollmeyer. Anm. 2 zu § 300. Dernburg. BR. II. 1 § 76, II 2. A. M. Fischer-Henle. Anm. 5 zu § 300. Haver S. 67—68.

[4]) Vgl. Planck. Anm. 3 zu § 300. Schollmeyer. Anm. 2 zu § 300. Dernburg. BR. II. 1 § 79, II. 2. Bernhöft. S. 38.

leistung nicht bewirken will (BGB. § 298). Hier tritt zwar Annahmeverzug ein, aber nicht die Beschränkung des Schuldverhältnisses[1]). Im allgemeinen ist also § 300 Abs. 2 BGB. nur ein Anwendungsfall des im § 243 BGB. niedergelegten Prinzips, daß die Beschränkung nur eintritt, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Dennoch ist es gerechtfertigt, daß die Beschränkung im Falle des § 296 BGB. trotz des Gläubigerverzugs nicht eintritt, da ja der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche noch nicht getan hat. Dagegen bildet § 300 Abs. 2 BGB. eine Ausnahme von der Regel des § 243 für den Fall, daß der Gläubiger die angebotene Leistung annahm, aber seine Gegenleistung nicht bewirken will und dadurch in Verzug gerät; denn in diesem Falle hat der Schuldner auch alles zur Leistung Erforderliche seinerseits getan.

Dies hat er auch ferner dann getan, wenn er den Leistungsgegenstand hinterlegt. Mit der Hinterlegung geht ja auch nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 379 Abs. 2 BGB. die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung der Sache auf den Gläubiger über. Die Hinterlegung kann aber als Beschränkungsgrund nur in Betracht kommen, wenn sie aus einem andern Grunde als infolge Gläubigerverzuges erfolgt (§ 372 BGB.), oder wenn der Gläubigerverzug zur Beschränkung der Schuld nicht führt.

Endlich hat der Schuldner alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Sache der zur Beförderung bestimmten Person oder Anstalt übergeben hat. Für den Kauf ist dies besonders im § 447 BGB. hervorgehoben. Jedoch ist die Vorschrift in erster Linie für den Spezieskauf vorgesehen; für den Gattungskauf kann man ihrer entraten, da sie sich aus dem Prinzip des § 243 ableiten läßt.

---

[1]) Ebenso Planck A. 3 zu § 300; Schollmeyer A. 2 zu § 300; A. M. Dernburg B. R. II, 1. § 76 II, 2a.

3. Auf die Schuldverhältnisse können aber auch andere Tatsachen, die nicht in Erfüllungshandlungen der Beteiligten bestehen, beschränkend einwirken. Diese Tatsachen sind die (objektive) Unmöglichkeit und das (subjektive) Unvermögen. Ist die Unmöglichkeit oder das Unvermögen durch ein Verhalten der Parteien veranlaßt, so spricht man von verschuldeter, sonst von unverschuldeter Unmöglichkeit oder Zufall.

Inwieweit kommt nun Unmöglichkeit bei der Gattungsschuld und bei der Wahlschuld für die Beschränkung der Schuld in Frage?

a) Die Gattungsschuld: Bei der Gattungsschuld wird der Fall äußerst selten vorkommen, daß die ganze Gattung bis auf eine Sache untergeht. Immerhin liegt er im Bereiche der Möglichkeit, namentlich in den Fällen der beschränkten Gattungsschuld. Hier ist es streitig, ob eine Beschränkung der Gattungsschuld auf die allein noch vorhandene Sache eintritt. Für das römische Recht gibt es zur Entscheidung geeignete direkte Quellenbeweise nicht. Indirekt läßt sich jedoch aus D. 18, 1, 31, 7 und D. 18, 6, 15 herauslesen, daß die Gattungsschuld in diesem Falle auch weiter als solche bestand.

Dies hat für das römische Recht große praktische Bedeutung beim Kauf. Geht nämlich der zuletzt noch vorhandene Gegenstand durch Zufall zugrunde, so braucht der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen, denn die Gefahr ist vorher nicht auf ihn übergegangen. Würde sich aber durch Untergang der Gattung bis auf die übrigbleibende Sache die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt haben, so müßte der Käufer, obwohl er nichts erhält, dennoch den Kaufpreis zahlen. Aus diesem Grunde wird man mit Windscheid[1]) auch für das gemeine Recht zu entscheiden haben, daß durch eine solche Unmöglichkeit die Obligation sich nicht auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt konzentriert.

[1]) Pand. II § 255, 2.

Das BGB. bestimmt in § 279: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“ Mit andern Worten: Solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, bleibt der Schuldner verpflichtet als Gattungsschuldner. Eine Beschränkung des Schuldverhältnisses ist nicht eingetreten. Die Bedeutung des § 279 liegt für das heutige Recht vor allem darin, daß § 275[2] BGB. nicht angewendet werden darf, wenn durch Untergang bis auf eine Sache die Leistung subjektiv unmöglich geworden ist. Der Schuldner muß in diesem Falle statt der Sache Schadensersatz leisten, hat aber natürlich Anspruch auf eine etwaige Gegenleistung. Nur für den Fall, daß die Beschaffung der Sache mit so großen Schwierigkeiten verbunden sein sollte, daß sie der objektiven Unmöglichkeit der Leistung gleichgeachtet werden müßte[1]), wird man den Schuldner für befreit erachten können. Dies entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit selbst verschuldet, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen (§ 280 BGB.).

b) Im Gegensatz zu der Gattungsschuld tritt die Beschränkung des Schuldverhältnisses bei der Wahlschuld ein, wenn die Bewirkung der einen Leistung unmöglich geworden ist. Allerdings ist hier zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit noch ein Unterschied zu machen. Die Unmöglichkeit als Beschränkungsgrund ist dem normalen Beschränkungsmittel, der Wahl, nicht durchaus ähnlich. Denn durch die Wahl wird in jedem Falle die Wahlschuld eine einfache, durch die Unmöglichkeit aber nur, wenn alle Leistungsgegenstände bis auf einen unmöglich geworden sind.

1. Ist die Unmöglichkeit der einen Leistung schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden, so tritt die

[1]) So Planck A. 1 zu § 279.

Beschränkung sogleich ein oder besser gesagt: Das Schuldverhältnis hat nur die übrigen Leistungen zum Gegenstande. Das gilt sowohl für das römische und gemeine Recht[1]) wie für das BGB. Dieses bestimmt im § 265: „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich . . ., so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen." Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt nun aber weniger darin, daß lediglich die Beschränkung festgelegt werden sollte, als vielmehr darin, daß durch sie die allgemeinen Vorschriften der §§ 306 und 139 BGB. durchbrochen werden. Das Rechtsgeschäft — in der Regel wird es ein Vertrag sein — das auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet ist, ist nichtig. Ist eine der wahlweise geschuldeten Leistungen schon zu Beginn unmöglich, so enthält das Rechtsgeschäft teils nichtige, teils gültige Bestandteile. Um ein und dasselbe Rechtsgeschäft aber handelt es sich, mag man die Wahlschuld als eine einheitliche Schuld[2]) oder als eine Mehrheit von Schulden[3]) auffassen. Gemäß § 139 BGB. müßte dennoch stets geprüft werden, ob anzunehmen ist, daß die Beteiligten das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten. Das BGB. schneidet durch den § 265 die Notwendigkeit dieser Prüfung ab, indem es die Gültigkeit des Geschäfts außer Zweifel stellt.

2. Beschränkend im eigentlichen Sinne kann bei der Wahlschuld erst die nachträgliche Unmöglichkeit wirken.

Hat der Schuldner das Wahlrecht und ist die eine Leistung durch Zufall oder durch das Verhalten des Schuldners unmöglich geworden, so beschränkt sich das Schuldverhältnis[4]).

Hat der nicht wahlberechtigte Gläubiger den Untergang der Leistung verschuldet, so trat im römischen und gemeinen Recht gleichfalls die Konzentration ein; der Gläubiger hatte jedoch Schadensersatz zu leisten[5]).

[1]) D. 45, 1, 128. D. 46, 3, 72, 4. Windscheid, Pand. II § 255 A. 12.
[2]) So z. B. Dernburg, BR. II, 1.
[3]) So z. B. Chamizer S. 9 f.
[4]) Vgl. Windscheid, Pand. II, § 255, 1.
[5]) D. 9, 2, 55.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht und geht die eine Sache zufällig unter, so trat nach römischem und gemeinem Recht die Beschränkung der Wahlschuld ein [1]). Ebenso wenn der Schuldner den Untergang der Leistung zu vertreten hat. Wenn den Gläubiger selbst ein Verschulden traf, so war man ungewiß. Man wählte teilweise den Mittelweg, indem man dem Gläubiger das Recht, die übrig gebliebene Sache zu fordern, ließ, ihn aber in diesem Falle verpflichtete, für die untergegangene Schadenersatz zu leisten.

Das BGB. hat ähnliche Bestimmungen. Denn nach § 265 beschränkt sich das Schuldverhältnis immer, wenn die eine Leistung durch Zufall untergegangen ist, niemals, wenn sie durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Teiles unmöglich geworden ist. Aus dem letzten Satze ist zu schließen, daß die Beschränkung auch dann eintritt, wenn der wahlberechtigte Teil durch sein Verschulden die eine Leistung unmöglich gemacht hat.

Bezüglich der Folgen dieser Beschränkung gelten die entsprechenden Ausführungen S. 45 ff.

---

[1]) D. 46, 3, 95 pr. Windscheid, II § 255,1 Note 12.

Lebenslauf.

Geboren am 23. März 1880 in Schlesiengrube, preußischer Staatsangehöriger, zur Zeit in Breslau, katholischer Konfession, besuchte ich das Kgl. Gymnasium in Groß-Strehlitz, welches ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich mit kurzer Unterbrechung in Heidelberg, Greifswald und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 8. Juni 1907 bei dem Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau das Referendarexamen. Seit dem 8. August 1907 bin ich bei dem Amts- und Landgericht, der Staats- und Rechtsanwaltschaft beschäftigt gewesen.